

ANTIFORMALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

ANTI-FORMALISM AND LEGAL REASONING

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 17-03-10

Fecha de aceptación: 5-10-10

Resumen: *El contexto filosófico y teórico en el que surgen las Teorías de la argumentación jurídica se caracteriza por la rehabilitación de la filosofía práctica y por el rechazo de los presupuestos metodológicos del formalismo jurídico. Las teorías de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman o Luís Recaséns Siches –precursores de la disciplina– comparten una actitud crítica frente a dos de las tesis generalmente asociadas al formalismo: por un lado, la caracterización del razonamiento jurídico como un razonamiento deductivo y, por otro lado, la teoría del silogismo jurídico. Sus objeciones, sin embargo, se dirigen en una dirección equivocada, al contraponer las dimensiones formal y material del razonamiento jurídico.*

Abstract: *The philosophical and theoretical context in which the theories of legal reasoning emerge is characterized by the rehabilitation of practical philosophy and the rejection of the legal formalism methodological assumptions. Theodor Viehweg, Chaïm Perelman o Luís Recaséns Siches theories –precursors of the topic– share a critical attitude against two of the thesis usually associated to formalism: on the one hand, the characterization of legal reasoning as a deductive reasoning and, on the other hand, the theory of legal syllogism. Their objections, however, point at the wrong target when opposing the formal and material dimensions of legal reasoning.*

Palabras clave: formalismo, argumentación jurídica, lógica jurídica, silogismo jurídico

Keywords: formalism, legal reasoning, legal logic, legal syllogism.



1. LA CRÍTICA AL FORMALISMO EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Son varios los factores que suelen señalarse como causantes del auge y desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica a partir del último tercio del pasado siglo. En primer lugar, factores *filosóficos*, como consecuencia de la proyección al ámbito jurídico del renovado interés por la filosofía práctica desde la postguerra; en segundo lugar, *teórico-jurídicos*, que se manifiestan no sólo en el giro pragmático producido en la teoría del derecho, sino en la propia fisonomía de los Estados constitucionales; y, en tercer lugar, factores *políticos*, en cuanto que la discusión racional y el control intersubjetivo conectan con el “sentido profundo” de la democracia y la nueva concepción del poder, que necesita justificar sus decisiones en argumentos¹. Otros autores asocian este auge más específicamente al desarrollo de la teoría de la argumentación racional en la filosofía moral (Habermas): del mismo modo que ésta supuso una tercera vía en la empresa de fundamentación de los juicios morales, superadora, por un lado, de la metafísica (ética de los valores), y por otro, de los planteamientos no cognitivistas (emotivismo y decisionismo), *las teorías de la argumentación jurídica representan también una alternativa al determinismo jurídico, y al irracionalismo determinista, por otro*².

Sean cuales fueren los factores determinantes que explican su éxito, la teoría de la argumentación jurídica parece presentar en sus comienzos una doble vertiente: de un lado, participa del intento de superación de la estrecha concepción de la racionalidad heredada del positivismo cientificista –lo que ha dado en llamarse *rehabilitación de la razón práctica*– que había reducido lo racional al principio de verificación y a la lógica formal, hasta la total disolución de la filosofía práctica en cualquiera de sus manifestaciones; de otro, supone el rechazo de los presupuestos metodológicos del formalismo jurídico. La rehabilitación de la razón práctica intenta recuperar para el do-

¹ M. ATIENZA, “Argumentación jurídica”, en E. GARZÓN VALDÉS; F. J. LAPORTA (Eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, C.S.I.C., B.O.E., Madrid, 1996, p. 231-238, aquí, pp. 231-232; Id. *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, p. 15 y ss.; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Positivismo y teorías de la argumentación jurídica”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, 2000, p. 359-382, aquí 359 y ss.

² U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, p. 2.

minio de la razón las cuestiones prácticas, rebatiendo las distintas formas de subjetivismo y escepticismo valorativo que habían crecido a la sombra del positivismo lógico. Sin embargo, la búsqueda de nuevos modos de racionalidad en el ámbito jurídico está quizás más relacionada con la superación de una concepción tradicional (formalista) del Derecho, que con una teoría de la razón práctica o de la justicia en sentido estricto. Lo esencial de estos planteamientos –me parece– es la concepción de los problemas jurídicos asociados a la interpretación y aplicación del derecho como un tipo específico de problema práctico, cuya solución en la mayoría de los casos no se encuentra *ex ante* en el ordenamiento jurídico.

Es lugar común asociar los nombres de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman o Luis Recaséns Siches a los inicios de la teoría de la argumentación jurídica; a ellos se debe la revitalización de la tópica y la retórica en el ámbito jurídico, antecedentes inmediatos de las modernas teorías de la argumentación. Sin embargo, comparados con los autores de la segunda generación (Alexy, MacCormick o Aarnio), los precursores no presentan modelos argumentativos sofisticados y plenamente desarrollados, *acaso porque estuvieran más preocupados* por mostrar las insuficiencias de una determinada concepción del derecho y por construir una alternativa, que por corregir sus errores. El resultado de este afán rupturista es que prestan una muy escasa atención al método jurídico tradicional y lo que de ahí pudiera salvarse, equivocando el alcance de sus críticas.

Tiene sentido, por tanto, volver a revisar los presupuestos de los que partían los primeros teóricos de la argumentación jurídica, sus logros y sus errores, porque lo que no puede discutirse es que de todo aquello ha quedado un modelo teórico absolutamente consolidado cuyas repercusiones para la teoría del derecho están todavía en pleno desarrollo.

La construcción de las primeras teorías de la argumentación jurídica opera por oposición a una concepción del derecho y, sobre todo, a una concepción de la actividad judicial que, en términos muy generales, podemos denominar como formalista. El término es cuando menos ambiguo, si bien puede apreciarse una constante en su uso, casi exclusivamente peyorativo.

Martin Stone ha identificado al menos siete modos de formalismo –o si se prefiere, de ser acusado de formalista– consistentes en: (i) defender iguales derechos para todas las personas a poseer propiedades y a realizar contratos mediante los cuales intercambien sus propiedades o su trabajo; (ii) intentar obtener información acerca del derecho, ya sea con fines teóricos o

prácticos, a partir de su “forma”, sin atender a su contenido específico, producto de una determinada situación histórica, social o antropológica; (iii) adherirse a las reglas jurídicas sin considerar los principios morales o políticos en que ésta se fundamenta, o el rechazo a que los jueces puedan añadir excepciones a la regla en función de dichos principios a los que la regla sirve; (iv) defender que hay casos en los que la aplicación del derecho no requiere una actividad interpretativa o que, al menos, la resolución de dichos casos no remite a principios políticos o morales; (v) sostener que, de uno u otro modo, el derecho es un sistema completo y coherente, que proporciona una solución para cada caso que se la plantea, lo que supondría que los jueces se mantienen siempre dentro de los límites del derecho y no crean derecho cuando toman sus decisiones; (vi) defender que la validez de las normas jurídicas no depende del contenido de éstas, o que el derecho puede ser identificado recurriendo a fuentes distintas de la moral o la política; y (vii) negar que el derecho en su conjunto, o un subsistema jurídico, sea concebido como un instrumento de política social³. Es innegable que entre todas estas tesis existe un “parecido de familia”, pero es evidente también que se trata de cuestiones lógicamente independientes cuya relevancia para la cuestión que nos ocupa es desigual.

Como otros muchos autores antiformalistas antes que ellos, Viehweg, Perelman o Recaséns pusieron en su punto de mira una concepción del derecho y de la actividad judicial que suele caracterizarse, de forma algo imprecisa, por el uso de la lógica deductiva y el carácter mecanicista de la aplicación jurídica. Según esta concepción, la actividad judicial podría ser representada por un silogismo en el que la conclusión –el fallo– es obtenido a partir de una premisa normativa (norma jurídico-positiva) y una premisa fáctica (afirmación de un estado de cosas o la ocurrencia de unos hechos). Paradójicamente, esta concepción raramente ha sido defendida en estos términos como una descripción ajustada de lo que los jueces hacen cuando resuelven casos conforme a derecho y es muy probable que, como señala Stone, la figura del “formalista”, tal y como ha sido concebido por las distintas corrientes antiformalistas, sea más bien un personaje de la mitología jurídica⁴.

³ M. STONE, “Formalism”, en J. COLEMAN; S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy*, OUP, 2004, pp. 166-205, especialmente, pp. 170-171.

⁴ M. STONE, “Formalism”, *cit.*, p. 172.

En este trabajo me propongo analizar los argumentos con los cuales justifican el abandono de la concepción tradicional los precursores de la teoría de la argumentación jurídica y la construcción de un nuevo paradigma teórico. Estos argumentos pueden agruparse en dos grandes críticas: la crítica al papel de la lógica⁵ en el razonamiento jurídico y la crítica a la teoría del silogismo. Centraré especialmente mi atención en la obra de Recaséns Siches, menos estudiada que las Viehweg o Perelman, pero enormemente clarificadora para el propósito que nos hemos propuesto⁶.

2. LA LÓGICA EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

El debate acerca de la función y el alcance de la lógica en el razonamiento jurídico pasa por ser “[u]na de las discusiones más desenfocadas que ha padecido la teoría del derecho del siglo XX”⁷. Hasta qué punto es cierta esta apreciación se puede comprobar en las posturas críticas y antilogicistas de los primeros teóricos de la argumentación.

Quizás los ataques más furibundos al empleo de la lógica en el razonamiento jurídico sean los de Recaséns, que sintetiza todos los males de la teoría y la práctica jurídicas del s. XIX en “la invasión del campo jurídico por el espíritu cartesiano, es decir, por el espíritu matemático-geométrico” y su consecuencia inmediata, a saber: “el indebido trasplante de una especie de imperialismo matemático al ámbito de los problemas humanos”⁸. Aunque sus consignas transmiten con claridad la idea de que resulta imposible reducir la aplicación del derecho a una operación deductiva y que el papel de la

⁵ Quizá esta referencia genérica a la lógica padece de imprecisa, habida cuenta de la complejidad que esta cuestión ha alcanzado en nuestros días, pero no sólo es ese el tenor de las críticas de los autores de que trata este trabajo, sino que es precisamente esta indefinición y los equívocos que se producen en torno a este problema lo que aquí se dilucida.

⁶ Algunas consideraciones sobre la obra de Recaséns pueden verse en M. ATIENZA “Para una razonable definición de “razonable””, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 189-200, aquí, p. 190; y M. GASCÓN ABELLÁN / A. J. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*, Palestra, 2ª ed., Lima, 2005, pp. 84 y ss.

⁷ J. A. GARCÍA AMADO, “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, 2000, pp. 103-129, cita en p. 104.

⁸ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, 3ª ed. copiosamente aumentada, México, 1980, cita en p. 257.

lógica en el razonamiento jurídico es marginal y eventual⁹, las invectivas de Recaséns adolecen, las más de las veces, de cierta confusión analítica.

La crítica al papel de la lógica en el razonamiento jurídico no pretende, naturalmente, desplazar los problemas prácticos y jurídicos fuera del ámbito de lo racional; muy al contrario, lo que se quiere poner de manifiesto es que la lógica formal, no agota los dominios de la razón, sino que es una “provincia” o un sector de la misma, o sea, que “aparte de la lógica formal de la inferencia, hay otras regiones que pertenecen igualmente al logos, pero que son de índole muy diversa de aquella lógica de lo racional”¹⁰. Estos ámbitos de racionalidad no deductiva son los pertenecientes al logos de lo razonable, propio de los problemas humanos. En este mismo sentido distingue Perelman entre la parcela de la razón gobernada por el razonamiento demostrativo (lógica deductiva) y aquella otra que, en ausencia de procedimientos concluyentes, está reservada a la argumentación¹¹.

En las críticas al empleo de la lógica en el razonamiento jurídico se plantean, confundiéndolas, cinco cuestiones que debemos diferenciar: (i) la posibilidad de realizar inferencias lógicas entre enunciados normativos; (ii) la obtención por vía deductiva de una solución para cada problema jurídico; (iii) que el establecimiento de las premisas del razonamiento no es una cuestión de tipo lógico; (iv) los resultados indeseables que en ocasiones pueden derivar de la aplicación de las normas positivas; y (v) el contenido de las normas jurídicas tampoco es una cuestión lógica.

(i) Cuando Recaséns afirma que el gran error de la ciencia jurídica del siglo XIX, sobre el que gira la crítica a la concepción tradicional, es “el error de suponer que las normas del Derecho positivo constituyen pretensiones de

⁹ Así, la lógica de lo racional (en contraposición a la lógica de lo razonable) “tiene aplicación solamente al estudio de las formas *a priori* o esenciales de lo jurídico” o “cuando dentro de un problema jurídico hay que efectuar mensuras geométricas, o cálculos aritméticos, o determinar la identidad entre dos o más hechos, pero sin afectar jamás a la entraña de la cuestión auténticamente jurídica que se haya planteado” (L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, FCE/UNAM, México, 1971, citas en pp. 536 y 508, respectivamente).

¹⁰ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 519.

¹¹ “La naturaleza misma de la deliberación y de la argumentación se opone a la necesidad y a la evidencia, pues no se delibera en los casos en los que la solución es necesaria ni se argumenta contra la evidencia. El campo de lo verosímil, lo plausible, lo probable en la medida en que este último escapa a la certeza del cálculo” (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989, p. 30).

verdad, las cuales, por lo tanto, deben ser tratadas mediante métodos de lógica pura¹²; que “las normas jurídicas no son proposiciones lógicas susceptibles de verdad o falsedad”¹³; que los contenidos de las normas jurídico-positivas “no son cognitivos de fenómenos, ni de conexiones lógicas, ni de ideas puras; antes bien, son normativos o imperativos”¹⁴; o que “no pueden ser tratados por los métodos de la lógica tradicional”¹⁵; parece sugerir, entre otras cosas, que las reglas de inferencia lógica no son aplicables a las normas jurídicas por tratarse éstas de enunciados normativos y no descriptivos.

Éste es el problema conocido como “dilema de Jørgensen”, largamente discutido por los lógicos y los teóricos del derecho¹⁶. Aunque Recaséns conocía los intentos de desarrollar una lógica específica de normas (lógica deóntica), por parte de von Wright, García Maynez, Kalinowski o Miró Quesada, *no se interesa en esta cuestión sino* “pone en evidencia que ni siquiera en el campo de las formas esenciales o necesarias, o *a priori*, se trata de haberse-las con la lógica general de lo enunciativo que garantice la *verdad* y evite la *falsedad*”¹⁷. En otros términos, porque pretende ver confirmada en ella su convicción inicial acerca de la irrelevancia de la lógica formal en el razonamiento jurídico. Una lectura siquiera superficial permite comprobar que, aunque en ambos casos se cuestiona la idoneidad de la lógica como instrumento del razonamiento jurídico, la postura de Recaséns no apunta en la

¹² L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, en *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, T. I, pp. 213-243, cita en p. 213; Id. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 499.

¹³ L. RECASÉNS, “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, *Dianoia*, núm. 15, 1969, pp. 255-277, cita en p. 258.

¹⁴ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 499.

¹⁵ L. RECASÉNS, “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 259.

¹⁶ Muy ilustrativa en este sentido es la discusión mantenida por Kelsen y Klug (H. Kelsen; U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, trad. Juan Carlos Gardella, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988); por otro lado, una reciente revisión del problema planteado por el filósofo danés puede verse en R. HERNÁNDEZ MARÍN, “Los dos dilemas de J. Jørgensen”, *Analisi e Diritto*, 2006, pp. 144-164. Curiosamente, esta cuestión no ha merecido una especial atención por parte de los teóricos de la argumentación (cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1997, p. 185 y s.).

¹⁷ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., pp. 504-505.

misma dirección que las investigaciones de los cultivadores de la lógica deóntica.

(ii) Una de las objeciones más habituales contra el formalismo es la que presenta de forma conjunta la completitud y coherencia del sistema jurídico con el proceder mecanicista de los aplicadores del derecho. Este tipo de críticas puede apreciarse claramente en las siguientes palabras de Recaséns:

“[El formalismo jurídico] daba por sobreentendido que las normas jurídico-positivas son enunciados lógicos, que contienen dentro de sí la posibilidad de dar solución a todos los problemas de la práctica del Derecho. Para ello bastaría con enchufar a los textos normativos (leyes, reglamentos, principios jurisprudenciales, etc.) el mecanismo de la deducción racional, darle vueltas al manubrio de la inferencia silogística y sacar conclusiones ilimitadamente”¹⁸.

Resulta evidente que esta sarcástica¹⁹ crítica a la concepción lógica no tiene aquí como objeto las inferencias entre distintos tipos de enunciados, aunque se refiera a las normas como “enunciados lógicos”, sino una determinada concepción del ordenamiento jurídico. En la obtención de una respuesta para cada problema planteado, la lógica juega un papel meramente instrumental, es un método para obtener del ordenamiento jurídico algo – una solución a todos los problemas de la práctica del Derecho– que ya está contenido en el mismo.

Se trata de un error muy extendido. El objetivo real de la crítica no es la lógica formal, sino ciertos presupuestos acerca de la naturaleza del Derecho y de los sistemas jurídicos compartidos por las doctrinas formalistas de la Jurisprudencia de Conceptos alemana, la Escuela de la Exégesis francesa o la Jurisprudencia analítica. Los equívocos que han alimentado esta pseudodiscusión son fácilmente identificables. En primer lugar, la idea de lógica manejada por aquellos que en el siglo XIX sostenían la naturaleza esencialmente deductiva de las operaciones de aplicación de derecho no se corresponde con la concepción, mucho más rigurosa, de la lógica formal moderna desarrollada un siglo después, de manera que los antiguos logicistas no estaban afirmando en sentido estricto aquello que ha sido objeto de críticas por quienes han sostenido las limitaciones de la lógica, e

¹⁸ L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, cit., p. 213.

¹⁹ La ridiculización del adversario puede acabar en la conquista de plazas desiertas, de posiciones que nadie defiende, de un modo igualmente cómico; esto es lo que Stone pone de relieve a propósito de la acusación de mecanicismo, cuando afirma que no alcanza a imaginar cómo alguien –un formalista, se supone– podría admitir que la idea de una máquina es exactamente lo que él tiene en mente cuando intenta explicar la actividad de los jueces y tribunales –‘Yes, a machine, just what I had in mind!’ (M. STONE, “Pluralism”, cit., p. 169).

incluso su irrelevancia, en el razonamiento jurídico. El error reside –escribe García Amado– “en la confusión que en el pensamiento jurídico se ha dado entre lógica formal y formalismo metodológico”²⁰. La concepción mecanicista de la aplicación del derecho sostenida desde las posturas formalistas no tiene tanto que ver con la lógica, sino con una determinada concepción del *sistema jurídico*, al que se considera una construcción completa, coherente y clara, libre de lagunas, antinomias o problemas interpretativos de calado, así como con una teoría de la prueba simplista y poco desarrollada²¹. Son estos presupuestos los que permitían concebir el fallo de la sentencia como la conclusión de un razonamiento lógico cuyos elementos –las premisas normativas y fácticas– le eran dados al juez. La confusión deriva probablemente de la interpretación que se hizo del supuesto carácter lógico del sistema jurídico: al predicar una estructura lógica del sistema jurídico, “no se estaba indicando nada rigurosamente parangonable a lo que se podría llamar posteriormente una estructura axiomática, sino estableciendo, especialmente en el caso de la Jurisprudencia de Conceptos, una jerarquización material u ontológica de las instituciones y sus respectivos conceptos, según la cual los conceptos más generales abarcaban o incluían en sí materialmente los conceptos menos generales. Y el contenido necesario de tales instituciones y correlativos conceptos se afirmaba no con necesidad “lógica”, sino ontológica”²². De este modo, la estructura acabada de los sistemas jurídicos tienen que ver más con la ontología y el método genealógico (Puchta) o histórico-natural (Ihering) de la Jurisprudencia de Conceptos que con procedimientos lógico-deductivos de la lógica moderna en sentido estricto²³.

Otro problema consiste no en confundir las relaciones lógicas de los elementos del sistema jurídico con relaciones de tipo ontológico, sino en tratar-

²⁰ J. A. GARCÍA AMADO, “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *cit.*, p. 105.

²¹ *Idem.*, p. 106.

²² *Idem.*, p. 106.

²³ Muchos comentaristas no reparan en esta diferencia esencial; así Wilhelm, en relación a Puchta: “Un a priori lógico-sistemático estaba con esto establecido para el derecho, la unidad orgánico-dinámica del derecho se resaltaba en una unidad lógico-estática” o “el método “orgánico” debía necesariamente ceder al lógico” (W. WILHELM, (1980): *La Metodología Jurídica en el Siglo XIX*, trad. Rolf Bethmann, Edersa, Madrid, 1980, p. 73). Igualmente, Larenz incurre en el equívoco que aquí se intenta evitar al utilizar las expresiones “lógica formal”, “edificación deductiva” y “conclusión deductiva” para referirse al método de obtención de los conceptos (K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, p. 39 y ss.).

las conjuntamente, como si ambas cuestiones se implicaran mutuamente. Este es el tipo de malentendido en el que incurre Recaséns cuando *critica la Jurisprudencia de Conceptos*:

“Este error fue elevar arbitrariamente a supuestos conceptos esenciales las nociones que eran meramente descriptivas de unas normaciones históricas contingentes, y haber hecho funcionar tales premisas mayores de los mal imaginados silogismos de las decisión jurisdiccional.

Aquel frenesí de un exorbitado deductivismo, (...) no se limitó a tomar como premisa mayor de un silogismo una norma legal, sino también un imaginario concepto esencial de una institución”²⁴.

Nada tiene que ver el estatuto ontológico (necesario y trascendental o histórico y contingente) de los conceptos jurídicos y el modo en que hemos accedido a ellos (método histórico-natural o inferencia inductiva) con el razonamiento desarrollado en aplicación del Derecho positivo. Sin embargo, parece aquí que ambas cuestiones, la concepción esencialista de los conceptos jurídicos y la concepción silogística del razonamiento jurídico, fueran necesariamente de la mano; como si la naturaleza de las premisas, la condición de conceptos esenciales atribuida a las instituciones jurídicas, fuera consustancial al “exorbitado deductivismo”; o como si el hecho de que la premisa mayor fuese “un imaginario concepto esencial” constituyese una circunstancia agravante contra la lógica formal. La objeción dirigida a la naturaleza de los conceptos jurídicos en absoluto constituye una objeción contra una concepción deductiva o silogística del razonamiento jurídico. Es posible encontrar argumentos contrarios a una tal concepción del razonamiento jurídico, pero el estatuto ontológico de las proposiciones contenidas en las premisas no es uno de ellos; lo que puede decirse del papel de la lógica en el razonamiento jurídico nada tiene que ver con el carácter contingente o necesario de los conceptos o categorías jurídicas.

(iii) Los teóricos de la argumentación, como tantos otros antes que ellos, coinciden en señalar que el establecimiento de las premisas, y no la derivación de una conclusión a partir de las mismas, constituye el verdadero problema del razonamiento jurídico²⁵, poniendo de manifiesto que la determi-

²⁴ L. RECASÉNS, “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, *cit.*, p. 273.

²⁵ En un sentido similar, Alexy ha sostenido que el campo de la argumentación jurídica es, precisamente, “la fundamentación de premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo” (R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, p. 222).

nación de las premisas no tiene un carácter lógico, sino tópico o retórico. Así Viehweg:

“Es posible distinguir una reflexión que tiene la vista puesta en la búsqueda del material para pensar, de otra que se ajusta a la lógica. Igualmente claro es que esta última en la práctica se tiene que posponer a aquélla. Vista de esta manera la tópica es una meditación prelógica, pues, como tarea, la inventio es primaria y la conclusio secundaria. La tópica señala cómo se encuentran las premisas; la lógica las recibe y trabaja con ellas”²⁶.

Y Perelman:

“Nada se opone a que el razonamiento judicial se presente, a fin de cuentas, bajo la forma de un silogismo, pero esta forma no garantiza en absoluto el valor de la conclusión. (...) El debate judicial y la lógica jurídica –no lo olvidemos– se refieren a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas”²⁷.

Recaséns²⁸ también reitera la incapacidad de la lógica para resolver los problemas que surgen en la interpretación y la aplicación del derecho, tales como las lagunas (ausencia de normas), las antinomias (conurrencia de normas) o la elección entre dos normas del mismo rango aparentemente aplicables al caso (problemas de calificación), y la inevitabilidad de los juicios de valor en el razonamiento jurídico.

(iv) Uno de los mayores excesos en que ha incurrido la crítica al empleo de la lógica clásica en el razonamiento jurídico es el que tiene ver con la corrección o la aceptabilidad de las decisiones jurídicas. Las corrientes antiformalistas comparten ciertas tendencias generales orientadas a la corrección material de las decisiones, como son el consecuencialismo (consideración de los efectos de la aplicación de las normas), el contextualismo (consideración de las propiedades particulares relevantes del caso) y el instrumentalismo (aplicación de las normas en función de los fines políticos o morales que se pretenden alcanzar con ellas). Estos rasgos están contenidos de diverso modo en los planteamientos de los teóricos de la argumentación. No otra cosa

²⁶ Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luís Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1986, p. 63.

²⁷ Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 232.

²⁸ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit. (nota 8), *passim*; Id., “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 263; Id., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., *passim*.

parecen decir Viehweg, cuando identifica la “aporía fundamental de toda disciplina [jurídica]” con la cuestión de “qué sea lo justo aquí y ahora”²⁹, o Recaséns, al sostener que toda norma aspira a ser “la solución más justa posible al problema práctico planteado”³⁰. El siguiente paso consiste en constatar la incapacidad de la lógica formal para garantizar la corrección material de las decisiones jurídicas. Así, Recaséns, extrae de la afirmación anterior la siguiente conclusión:

*“el criterio para determinar el ámbito de aplicación de la norma y para esclarecer su sentido y su alcance en cada caso, su correcta interpretación, no puede, de ninguna manera, consistir en operaciones de lógica pura. Por el contrario, ese criterio de interpretación debe consistir en anticipar mentalmente los efectos con el propósito inherente y esencial de la norma en cuestión”*³¹.

También Perelman constata la insuficiencia de la lógica para garantizar la corrección material a que tiende (y debe tender) toda decisión jurídica:

*“la técnica de razonamiento utilizada en Derecho, cualquiera que sea, no puede desinteresarse de la reacción de las consecuencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva. Por el contrario, el esfuerzo de los juristas, a todos los niveles y en toda la historia del Derecho, se ha dirigido a conciliar las técnicas de razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión. Esta preocupación basta para subrayar la insuficiencia, en Derecho, de un razonamiento puramente formal, que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión”*³².

Los problemas que se plantean aquí en absoluto tienen que ver con lógica pura o formal, sino con la tesis según la cual los jueces deben interpretar y aplicar el derecho en sus propios términos, siempre que sea posible. Entre ambos problemas existen diferencias que deben ser matizadas: al primero, planteado por Recaséns, podemos denominarlo el *problema de la coherencia*; al segundo, señalada por Perelman, el *problema de la equidad*.

Aunque en ambos casos se trata de la obtención de resultados no deseados con la aplicación del derecho a casos particulares, el punto de vista desde el que se formula el juicio negativo es distinto. El problema de la coherencia se refiere a aquellas situaciones en que la aplicación de las normas jurídicas produce resultados no queridos por el legislador, en cuanto que

²⁹ Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, cit., p. 141.

³⁰ L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, cit., p.214.

³¹ *Idem*.

³² Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit. (nota 27), p. 20.

contradictorios con los principios y “propósitos inherentes” que motivaron la norma. Estos resultados se producen como consecuencia de un desajuste entre el contenido de la norma y los principios y propósitos que la motivaron; bien por exceso (suprainclusión), cuando la aplicación de la norma extiende sus consecuencias jurídicas a casos particulares que habrían de quedar fuera de su ámbito de validez si se tomaran en consideración los principios y propósitos que motivaron la norma; bien por defecto (infrainclusión), al no subsumir en el supuesto de hecho de la norma un caso al que deberían serle de aplicación *sus consecuencias jurídicas*, conforme a los mismos principios³³. Es un problema de coherencia entre las palabras y los principios de la ley que nada tienen que ver con la “lógica pura”, sino con la interpretación. Cuando Recaséns sostiene que la “correcta interpretación” de las normas no consiste en una operación de lógica pura, sino en la anticipación de sus efectos y la consideración de éstos a la luz de sus propósitos inherentes y esenciales, parece querer decir que las normas no deben interpretarse atendiendo exclusivamente a criterios semánticos, sino, más bien, a criterios teleológicos.

Ahora bien, no queda claro si se trata de un problema *conceptual* o *normativo* sobre la interpretación. Si el problema de la coherencia se interpreta como un problema conceptual, lo que, en el fondo, pone de relieve es la imposibilidad de una aplicación no interpretativa de las normas jurídicas, o dicho al revés, la imposibilidad de una aplicación directa de las normas, sin que medie interpretación, puesto que toda atribución de significado definitivo debe hacerse necesariamente tomando en consideración los principios (morales) y/o los propósitos (pragmáticos) implícitos en la norma en cuestión. Si el problema de la coherencia se interpreta como un problema normativo, lo que quiere decir Recaséns es, sencillamente, que, aun siendo posible una aplicación directa –lo que presupone una atribución de significado no mediada por la interpretación–, la correcta es una interpretación teleológica de las normas jurídicas.

Cuestión algo distinta es la que se plantea con el problema de la equidad. Siguiendo la tradición aristotélica, lo equitativo “si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal” (*Et.*

³³ Cfr. F. SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 89 y ss.; Id., *Thinking like a Lawyer. A new Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2009, pp. 15 y ss.

Nic., l.v, cap.10). La equidad no plantea un problema de coherencia interna entre la aplicación particular de las normas y sus principios inherentes, sino que expresa la existencia de una laguna axiológica: si no es posible obtener un resultado justo o aceptable de conformidad con cualesquiera de las normas jurídicas aparentemente aplicables, el juez decretará la existencia de una laguna y resolverá en justicia.

Quizás la distinción entre los problemas de coherencia y de equidad se aprecie con mayor nitidez desde un punto de vista externo que desde un punto de vista interno al sistema: un participante sinceramente comprometido con el sistema no distinguirá fácilmente entre una respuesta coherente con los principios del sistema y una solución equitativa, pero para un observador externo, o simplemente para cualquiera que no comparta los principios del legislador, no será difícil diferenciar una respuesta coherente con el sistema de una solución equitativa, especialmente en aquellos sistemas manifiestamente injustos.

(v) Por último, se ha apuntado al limitado o nulo papel de la lógica formal en la función creadora de Derecho, en cuanto que “no suministra en absoluto *ninguna orientación positiva* ni al legislador, ni al funcionario administrativo, ni al juez, ni al abogado, para orientarles sobre lo que deben hacer en cuanto a la producción de los contenidos de las normas jurídicas”³⁴. Resulta difícil no estar de acuerdo con esta afirmación, pero es que no se conoce concepción alguna de la lógica que haya pretendido un rendimiento como el que aquí le es negado.

Recapitulando todo lo dicho hasta ahora, la sensación que produce la andanada de críticas que tiene como objeto el papel de la lógica en el razonamiento jurídico es de cierta confusión; como si la empresa del antilogicismo y el antiformalismo se fuera a ganar por el estruendo de las objeciones, más que por su *finezza* analítica. En los párrafos anteriores he intentado separar las distintas cuestiones que eran tratadas erróneamente como asuntos de lógica formal, identificando cuál era el problema de fondo. La primera de estas cuestiones, la posibilidad de realizar inferencias lógicas entre normas y, por tanto, no susceptibles de verdad o falsedad, no ha tenido hasta el momento una respuesta definitiva por los cultivadores de la lógica y menos aún por los teóricos de la argumentación. No obstante, no parece que se pueda renunciar a una idea de corrección formal para el razonamiento jurí-

³⁴ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 503.

dico que incorpore los principios de no contradicción o consecuencia lógica³⁵. Los precursores de la teoría de la argumentación, ofuscados como estaban en su cruzada contra la lógica, *no anduvieron acertados ignorando* el papel esencial que tiene la dimensión formal del razonamiento jurídico.

La segunda crítica tiene que ver más con una determinada concepción del derecho y del sistema jurídico que con el papel de la lógica –meramente instrumental y subsidiario– en el razonamiento jurídico. Las supuestas virtudes lógicas que se asocian al formalismo jurídico dependen, en realidad, de la plausibilidad de una concepción del sistema jurídico –caracterizada por las propiedades de plenitud y coherencia del sistema– que pronto se mostró más ideológica que descriptiva. En este punto es necesario distinguir entre el postulado de vinculación a la ley (*Gesetzbindungspostulat*) y el postulado de la deductividad (*Deduktivitätspostulat*)³⁶, que parecen confundirse en las versiones más simples del formalismo o en aquellas teorías del Estado que renuncian a una teoría mínimamente realista de la actividad de jueces y tribunales para sostener una determinada estructura y distribución de los poderes estatales. Únicamente el postulado de la deductividad guarda relación con la lógica. El postulado de la vinculación a la ley es un principio del Estado de derecho que garantiza la igualdad ante la ley y, en la medida de lo posible, la seguridad jurídica; se trata, por tanto, de una aspiración política e ideológica cuya afirmación sin más obvia algo que los teóricos del Derecho saben desde hace tiempo: que no siempre es posible tal sujeción a la ley, dado que ni podemos predicar la plenitud y la coherencia de los sistemas jurídicos, ni el Derecho excluye, más bien al contrario, la necesidad de interpretación en la mayoría de los casos. Por otro lado, la exigencia de deductividad es una exigencia de todo razonamiento, también del jurídico, de poder ser reconstruido como una inferencia lógica válida. La combinación de ambos postulados da como resultado una concepción del razonamiento jurídico que no sólo tiene una estructura deductiva, sino que obtiene, o debe obtener, las premisas normativas directamente del sistema jurídico, lo cual no

³⁵ No es una cuestión pacífica en la literatura que la relación entre las premisas y la conclusión del razonamiento jurídico sea una relación lógica (vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 215 y ss.; Id. *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 28 y ss.); lo que aquí se quiere señalar, quizás de un modo algo impreciso, es que entre las premisas y la conclusión debe haber algún tipo de implicación relevante.

³⁶ H.-J. KOCH; H. RÜßMANN, *Juristische Begründungslehre*, Beck, München, 1982, p. 112.

es siempre posible. Si lo que los críticos pretenden señalar es que el razonamiento jurídico no es autosuficiente, esto es, que debe recurrir a premisas extrasistémicas, incumpliendo el postulado de vinculación a la ley, la objeción es válida; pero si ello implica además poner en duda la estructura deductiva del razonamiento jurídico, el argumento no resulta plausible.

Que el establecimiento de las premisas no es una cuestión lógica es algo sobre lo que hay un consenso generalizado, pero no sólo entre los teóricos de la argumentación, sino también entre los cultivadores de la lógica jurídica³⁷. Que esto haya servido a algunos para cuestionar o minusvalorar el papel de la lógica en el razonamiento jurídico significa no entender que la racionalidad de un razonamiento empieza en su estructura y que no es función de la lógica justificar la elección de las premisas, sino garantizar la corrección de las inferencias que se hagan a partir de ellas³⁸. La moderna teoría de la argumentación ha resuelto esta cuestión con la distinción entre la justificación interna y externa de la decisión jurídica³⁹: la primera se refiere a la corrección formal del razonamiento y la segunda a la plausibilidad o justificación de las premisas, que no es una cuestión formal, sino material, y en la que entrarían en juego, entre otros, los planteamientos de

³⁷ Vid., entre otros, H.-J. KOCH; H. RUßMANN, *Juristische Begründungslehre*, cit., p. 348 y ss. o C. ALCHOURRÓN; E. BULYGIN, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en Id., *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991, p. 304.

³⁸ Cfr. en relación con la obra de Viehweg, J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la Tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 221 y ss.

³⁹ La distinción se debe a Wròblewski (vid. J. WRÒBLEWSKI, "Legal Decision and its Justification", en H. HUBIEN (ed.) *Legal Reasoning. Proceedings of the World congress for Legal and Social Philosophy*, Bruylant, Bruselas, pp. 409-420; Id., "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 33-46) y ha sido adoptada casi unánimemente por todos los teóricos de la argumentación jurídica (ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 214; A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1991, p. 168; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, p. 117). Otros autores han formulado distinciones equivalentes, como MacCormick (N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 2ª ed. (with revised foreword), Oxford, 1994 p. 67 y s. y 110) que distingue entre "justificación deductiva" o "de primer orden" y "justificación de segundo orden" o Buchwald (D. BUCHWALD, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juristischen Vernunft*, Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 277), que habla de "Kernbegründung" (fundamentación del núcleo) y "Mantelbegründung" (fundamentación de la cubierta).

la tópica, la retórica, el logos de lo razonable o la teoría de la argumentación racional.

En último lugar, las objeciones relativas a la corrección material de las decisiones jurídicas y al limitado papel de la lógica formal en la función creadora del derecho son, más bien, problemas de racionalidad práctica, que poco o nada tienen que ver con la lógica. La lógica formal no puede, por definición, garantizar la corrección de una conclusión si antes no se garantiza la corrección de las premisas; pero ésto, como sabemos, no lo pueden hacer las reglas de la lógica. Cuestionar la importancia de la lógica porque no actúe como razón legisladora, es como cuestionar las matemáticas porque con los números no se puede escribir una novela.

3. CRÍTICA A LA TEORÍA DEL SILOGISMO JURÍDICO

El segundo objetivo de *las críticas antiformalistas* es la teoría del silogismo jurídico⁴⁰ y la concepción mecanicista de la aplicación del Derecho. En términos generales, la crítica sostiene que la sentencia no puede verse como la conclusión que se obtiene deductivamente a partir de unas premisas dadas previamente, “partiendo primero de la norma, siguiendo después con la constatación y calificación de los hechos relevantes, y sacando después una conclusión, el fallo”⁴¹.

Según esta crítica, la teoría del silogismo resultaría inadecuada en, al menos, dos sentidos distintos, estrechamente relacionados. Por un lado, se afirma, como cuestión de hecho, que los jueces no alcanzan sus decisiones siguiendo un razonamiento silogístico; por otro lado, se cuestiona que, si tomamos seriamente en consideración la interdependencia que existe entre las premisas del silogismo, el razonamiento jurídico tampoco puede reconstruirse como un razonamiento deductivo, “como una conexión de senti-

⁴⁰ La referencia a la teoría del silogismo debe entenderse aquí en un sentido poco preciso; para una exposición y crítica en detalle de la teoría del silogismo, véase V. ITURRALDE SESMA, “Sobre el silogismo judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991, pp. 239-272.

⁴¹ L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, cit., p. 225; vid. también, L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 234 y ss.; Id. “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 265; Id. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 422.

dos”⁴². En esta línea, Recaséns sostiene que tanto desde el punto de vista psicológico, como desde un punto de vista objetivo, la sentencia tiene un sentido unitario; se da en ella “una recíproca interrelación, *simultánea e indisoluble*, entre el fallo, la constatación y calificación de los hechos y la determinación de la norma aplicable”⁴³. Se trata, por tanto, de una crítica que presenta una vertiente descriptiva y una vertiente analítica. Podría decirse que se trata de un mismo asunto; que los jueces no operan silogísticamente porque el razonamiento no puede ser concebido de tal modo; esto es, que la imposibilidad objetiva de proceder como un silogismo (puesto que las distintas premisas o fases del proceso de razonamiento se implican mutuamente o no pueden ser dilucidadas de manera independiente) determina la manera en que, de hecho, piensan y deciden los jueces. Me parece, sin embargo, que ambas cuestiones pueden y deben ser tratadas por separado, puesto que la vertiente psicológica no suele fundamentarse en la imposibilidad objetiva, sino en otros datos de tipo empírico.

(i) Si alguna vez fue defendida en los términos en que es atacada por los antiformalistas, la representación de los jueces como autómatas que aplican normas mecánica y asépticamente hace mucho que fue abandonada. La imagen puede ser cuestionada, desde un punto de vista psicológico-descriptivo, en un doble sentido: por un lado, se afirma que los factores que determinan las decisiones judiciales, consciente o inconscientemente, no son únicamente de tipo jurídico, sino que son de la más diversa índole y pertenecen a lo que podría denominarse el “contexto vital” del juez (aspecto sociológico); por otro lado, se afirma que la idea del silogismo no expresa, siquiera de forma aproximada, cuáles son en realidad las operaciones mentales que llevan a cabo los jueces cuando deben resolver un conflicto jurídico (aspecto psicológico). O sea, ni los motivos reales que explican las decisiones de los jueces, ni su forma de razonar encajan con la hipótesis del mecanicismo. Una explicación que de cuenta de ambos aspectos de la interpretación y aplicación del derecho es la que ofrecen las categorías hermenéuticas de “precomprensión” y “círculo hermenéutico”. Esta conexión con la hermenéutica jurídica de autores como Engisch, Esser, Larenz o Hruschka se hace evidente en la obra de Recaséns, cuando caracteriza la sentencia como “un acto mental complejísimo, pero unitario, en el cual se ilumina valorativa-

⁴² L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, cit., p. 225.

⁴³ *Idem*.

mente una situación complicada, y esto, mediante una especie de intuición de una totalidad”⁴⁴.

El juez, por tanto, ni decide en el vacío, sino que lo hace situado en un contexto vital que configura su precomprensión del caso, ni opera “por pasos” al aplicar el derecho, tomando como punto de partida una premisa normativa general y abstracta en la que se subsumen los hechos; el proceso de decisión es de carácter holístico y gira en torno a la calificación del caso. Recaséns, haciendo suyas las tesis de Hruschka⁴⁵, lo describe así:

“El proceso de individualización de la norma comienza con una pregunta que el juez debe formularse a sí propio. Esta pregunta básica se refiere al caso individual; y respecto del mismo el juez asume una conclusión provisional, hacia la cual encaminará su investigación de los hechos. (...) La constatación, la valoración y la calificación de la prueba son el análisis de los materiales que tiene el juez a su disposición, para responder a esa pregunta fundamental. Pero para responderla debe entenderla a la luz del pensamiento jurídico, dirigido por esta cuestión básica.

Aquella primera cuestión provoca una segunda: la que concierne a las normas pertinentes. Puesto que esta pregunta es planteada por el juez en vista del proceso particular que debe juzgar, ella implica siempre un prejuicio con respecto al tenor de la norma buscada. (...) El juzgador tiene siempre que saber lo que quiere encontrar. Lo que hace el juez es juzgar si hay alguna norma bajo cuya luz y directrices pueda ser resuelto el caso planteado. Y si encuentra una norma legislativa de carácter general, ésta la ve el juez siempre en relación con el caso singular que tiene ante sí. O, dicho con otras palabras, la interpretación de una ley implica siempre unas dimensiones de concreción.

(...)

Sucede que la respuesta que se dé a la segunda pregunta, a su vez, influye sobre la primera, cuando ésta es considerada y analizada por segunda vez”⁴⁶.

La aplicación del derecho, por tanto, es un proceso que se inicia con una valoración provisional basada en la comprensión intuitiva de los aspectos relevantes del caso, que determina la composición de la premisa menor; los hechos son “traducidos” al lenguaje jurídico en función del resultado, anticipado por la mente del intérprete, que se espera alcanzar con la individuali-

⁴⁴ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 422.

⁴⁵ Recaséns dedica cientos de páginas a reproducir planteamientos de otros autores con cuyas tesis coincide y no siempre es posible deslindar su exposición de la obra de estos autores de la adhesión a –e incorporación de– las mismas.

⁴⁶ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 466-467.

zación de una u otra norma general; a su vez, las propiedades que definen las normas generales condicionan o limitan la construcción de la premisa fáctica, en la que descripción y calificación jurídica de los hechos no son operaciones mentales sucesivas y diferenciadas. Con acierto definió Engisch esta interdependencia entre los elementos normativos y fácticos de la decisión jurídica como el “ir y venir de la mirada de la premisa mayor a los hechos de la vida”⁴⁷.

Sólo con posterioridad, y una vez tomada la decisión, puede reconstruirse el proceso de razonamiento como una subsunción, que, como tal, nunca tiene lugar. La motivación o justificación de la decisión resulta ser, entonces, poco más que una fachada con apariencia de racionalidad, que esconde el verdadero proceso de decisión; una ficción que opera con las formas y los argumentos propios del contexto jurídico, especialmente los postulados de deductividad y sujeción a la ley.

La crítica a la teoría del silogismo de los teóricos de la argumentación, no obstante, está muy lejos de los planteamientos irracionalistas que pretenden mostrar que las decisiones en general y las judiciales en particular son el producto de factores que escapan a nuestra conciencia y control racional. Antes al contrario, su propósito es presentar como racional aquello que trasciende la dimensión formal del razonamiento, a saber: la comprensión intuitiva del caso que conduce a la obtención de una decisión correcta para el caso concreto. Así Recaséns:

*“entiendo que lo que se hace patente en la intuición del juez es precisamente lo que está fundado sobre la lógica de lo “razonable”. Se trata de una intuición, pero de una intuición que revela algo que es objetivamente válido, cuyo fundamento radica en el logos de lo humano o de lo razonable”*⁴⁸.

Ya sea como *logos* de lo razonable, como pensamiento tópico o como aceptabilidad general, lo que los teóricos de la argumentación ponen de manifiesto no es la existencia de prejuicios subjetivos y cierta predisposición psicológica de los jueces, sino un único prejuicio que determina todo razonamiento jurídico: la pretensión de justicia del caso concreto. Viehweg llamó a esto la “aporía fundamental”⁴⁹ de las disciplinas jurídicas y Recaséns lo identificó como un dato esencial de la experiencia jurídica⁵⁰. En un senti-

⁴⁷ K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, Carl Winter, Heidelberg, 1942, p. 15. Una tesis similar en K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 272 y ss.

⁴⁸ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 247.

⁴⁹ Vid. *supra*.

⁵⁰ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 151.

do muy similar, Perelman sostienen que la “ideología judicial” dominante durante el último tercio del siglo XX tiende a “la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable. En una palabra: que pueda ser, al mismo tiempo, justa y conciliable con el derecho en vigor”⁵¹.

La crítica a la teoría del silogismo en sentido descriptivo o psicológico se fundamenta, por tanto, en que, sencillamente, los razonamientos de los jueces no pueden ser descritos como una secuencia siquiera parecida a un proceso deductivo o silogístico; y ello no se debe tanto a la presencia de factores psicológicos inidentificables e incontrolables, como al hecho de que la aspiración de justicia que condiciona toda actividad judicial determina el contenido de la premisa fáctica y la elección de la premisa normativa. Es por este motivo que me parece necesario distinguir la dimensión descriptiva o psicológica de la dimensión objetivo-analítica de la crítica a la teoría del silogismo. Ciertamente, la dimensión objetiva determina la dimensión descriptiva, pues no parece que pueda haber una descripción plausible de un objeto (el proceso real de razonamiento) cuya representación objetiva (la estructura silogística) no lo es, como veremos más adelante, sin embargo, aquí no se hace tanto hincapié en la interdependencia de los elementos del razonamiento – premisa normativa, premisa fáctica y fallo– como en el hecho de que esa relación dialéctica tiene un trasfondo esencialmente valorativo. Por así decirlo, mientras que la crítica en sentido objetivo es una crítica general a la teoría del silogismo, la crítica en sentido descriptivo presenta elementos propiamente jurídicos.

La crítica descriptiva a la teoría del silogismo merece algunos comentarios. El primero es que, tratándose de un asunto descriptivo, es necesario fundamentar empíricamente afirmaciones del tipo: “de ordinario la mente del juez primero anticipa el fallo que considera pertinente y justo –claro es que dentro del orden jurídico positivo vigente–, luego busca la norma que puede servir de base para esa solución, y da a los hechos la calificación adecuada”⁵² o “[s]uele ocurrir que el juez, a la vista de la prueba y de los alegatos, se forma una opinión sobre el caso discutido, una especie de convicción sobre lo que es justo respecto de éste; después busca los principios, es decir, las normas jurídicas que puedan justificar su opinión”⁵³. Para ello, Recaséns,

⁵¹ Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 178.

⁵² L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 241.

⁵³ *Ibidem*.

recurre a testimonios personales de jueces que “confiesan” razonar de ese modo y abogados cuyo *modus operandi* presupone la verdad de esta confesión, o a argumentos de autoridad, como la opinión de Jerome Frank y otros autores realistas, que sostienen que este tipo de descripciones se ajusta bastante al proceso mental que siguen la mayoría de los jueces⁵⁴. También se refiere a la etimología de la palabra latina “sentencia”, cuyo origen está en el verbo “sentire”⁵⁵, que es asociado a la comprensión intuitiva inicial del caso.

Este tipo de argumento, aunque plausible por cuanto parece anticipar la crítica más general objetivo-analítica, no resulta concluyente para lo que pretende demostrar en relación con el silogismo jurídico. Es posible que algunos jueces, incluso muchos, actúen así, movidos por sus intuiciones de justicia en los casos concretos, pero es igualmente posible imaginar jueces que, cuando sea posible y en la medida en que lo sea, identifiquen las normas aplicables al caso no en función de una decisión predeterminada por su sentido de lo justo aquí y ahora, sino en función de consideraciones semánticas, con estricta sujeción a las palabras de la ley, o atendiendo a la voluntad del legislador, cuya autoridad no se cuestiona, sin entrar a valorar la aceptabilidad o razonabilidad de la decisión final o entendiendo que menos razonable o aceptable es que un juez se dedique a decidir cada caso como mejor le parezca. En otras palabras, jueces comprometidos con la naturaleza autoritativa del derecho y no con su sentido individual de justicia.

Por otra parte, el sentimiento de justicia es un estado mental que puede diferir en su percepción y su intensidad entre personas distintas. Es concebible, por tanto, que en muchos casos, en lugar de una intuición inmediata y clarificadora, el juez padezca una duda paralizante que le obligue a realizar un arduo proceso de razonamiento en el que las normas jurídicas y las categorías dogmáticas no jueguen un papel secundario en la obtención del fallo, sino todo lo contrario.

En segundo lugar, cabe preguntarse por el alcance o relevancia de esta objeción. El propio Recaséns admite que lo que pueda decirse acerca del papel de la “intuición” o de la “corazonada” de los jueces pertenece antes al campo de la psicología jurídica o al llamado el contexto de descubrimiento que a una teoría normativa de la función judicial. Esta consideración, sin embargo, no resta importancia a la dimensión descriptiva o psicológica, an-

⁵⁴ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 242-244.

⁵⁵ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 245.



tes al contrario: califica la justificación de las decisiones como “algo *secundario* respecto de lo creado primariamente por aquellas intuiciones”⁵⁶. Es el proceso psicológico real lo que conduce a la obtención del fallo; la justificación no es más que un traje a medida para la intuición inicial. Parece olvidarse aquí, sin embargo, que las medidas del traje deben respetar ciertos estándares –la legislación, la dogmática jurídica y los precedentes judiciales– que pueden limitar, moderar e incluso desechar algunas de esas intuiciones iniciales; o dicho de otro modo, que son más las corazonadas posibles que las soluciones justificables conforme a derecho. En esto consiste la interdependencia entre los elementos del proceso real de razonamiento: la influencia es recíproca y no se mueve sólo en una dirección, de las intuiciones (contexto de descubrimiento) a los materiales jurídicos (contexto de justificación), sino también a la inversa.

Por otra parte, las dimensiones descriptiva y justificativa sirven a propósitos distintos y poco o nada nos dice el que la justificación sea secundaria respecto del proceso de decisión. La descripción responde a la pregunta acerca de qué hacen los jueces cuando deciden un problema jurídico y, en la medida en que puedan establecerse relaciones causa-efecto entre los distintos elementos de los procesos reales de decisión, qué harán en el futuro. La justificación responde a la pregunta de si la decisión se sustenta o puede sustentarse en razones válidas en el contexto jurídico. No parece que el carácter secundario –en el sentido señalado– de la justificación suponga negarle una enorme importancia.

(ii) La segunda crítica a la teoría del silogismo tiene, como se ha apuntado, un sentido objetivo. Si “la aplicación del Derecho se ha conseguido siempre antes de que la denominada subsunción fuese posible” –como sostiene Recaséns⁵⁷– entonces el sentido objetivo de la sentencia está determinado por el proceso real de decisión y éste, a su vez, está determinado por la naturaleza misma del razonamiento. Como sabemos, el argumento del que se parte es que las premisas normativas y fácticas se determinan mutuamente: la descripción de los hechos anticipa en algún sentido la premisa normativa, o dicho de otro modo, la descripción de los hechos no es independiente de su calificación jurídica. En esto consiste el carácter unitario de la sentencia. Pues bien, esto significa que tampoco en términos objetivos es posible ha-

⁵⁶ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 247.

⁵⁷ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 466.

blar de un silogismo, si por tal entendemos un razonamiento que parte de premisas previas e independientes entre sí y conduce a un resultado. En otras palabras, lo que, desde el punto de vista objetivo impide que el razonamiento jurídico pueda verse como un silogismo es la absoluta interdependencia de las cuestiones fácticas y normativas en este tipo de razonamiento.

El hallazgo –nada novedoso– es el carácter creativo de la actividad judicial. Sin embargo, al igual que ocurría con las críticas al papel de la lógica en el razonamiento jurídico, la batería de objeciones dirigidas contra la concepción silogística parecen más devastadoras de lo que en realidad son. Los argumentos contra una concepción psicológica y objetiva de la sentencia como silogismo pueden resultar más o menos plausibles, pero en absoluto suponen un impedimento para hablar de una estructura lógica del razonamiento jurídico o de cualquier tipo de razonamiento. Como es sabido, la corrección formal de los razonamientos nada tiene que ver con el proceso de toma de decisiones, ni de cómo se obtienen las premisas. Que las operaciones intelectuales que tienen lugar en la mente de quien toma una decisión no sigan los pasos descritos en la formalización del pensamiento no es razón para renunciar a intentar controlar la consistencia lógica de nuestras decisiones; y ello sólo es posible a partir del análisis lógico de las mismas, o más bien del análisis lógico de su reconstrucción racional⁵⁸, que necesariamente debe presentar una estructura lógica que respete los principios de no contradicción y consecuencia lógica. Lo mismo cabe decir respecto de la dimensión objetiva. Es posible que la fijación de las premisas dependa de una decisión previa, de una toma de partido entre las distintas opciones que se presenten en relación a un conflicto, en definitiva, de una decisión respecto de la norma aplicable a un caso concreto, pero la reconstrucción de ese razonamiento, una vez determinadas las premisas, debe ser correcto desde un punto de vista formal.

* * *

A la vista de lo anterior, podría decirse que los logros de los precursores de las teorías de la argumentación jurídica no derivan del acierto de sus críticas a la concepción tradicional, o más bien, de la interpretación menos caritativa de esta concepción. Y como sucede siempre que se incurre en este tipo de simplificaciones, se acaba luchando contra molinos de viento. El princi-

⁵⁸ R. ALEXY, “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen”, en Id. *Recht, Vernunft und Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 13-51, aquí p. 15.



pal problema fue, como he intentado mostrar aquí, que al poner de relieve la dimensión material de la argumentación se sacrificara la dimensión lógica o formal, como si ambas no fueran complementarias e igualmente importantes en el razonamiento jurídico⁵⁹ o en cualquier tipo de razonamiento.

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

*Facultad de Derecho
Campus de Teatinos s/n
Universidad de Málaga
29071 Málaga
e-mail:jcabra@uma.es*

⁵⁹ La mayoría de las modernas teorías de la argumentación defiende el carácter complementario de la racionalidad formal y la racionalidad material de las decisiones jurídicas (vid. por ejemplo, A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 247; A. PECZENICK, *On Law and Reason*, cit., p. 57).

